

РЕШЕНИЕ

№ 4013

гр. София, 15.06.2022 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 7 състав, в
публично заседание на 11.04.2022 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Маруся Йорданова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **12670** по описа за **2021** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството по делото е по реда на чл. 145 и сл. от АПК, във връзка с чл. 73, ал. 4 от ЗУСЕСИФ.

Образувано е по жалба на СУ „Св. К. О.“ срещу Решение № 0401-74/23.11.2021 г. на изпълнителния директор и Ръководителя на УО на ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 г. (НОИР), с което е наложена финансова корекция в размер на 5 % или в размер на (2 700 лв. с ДДС) върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор № 80-09-239/10.12.2020 г., подписан с „Д. Ф.“, на стойност 45 000 лв. без ДДС или 54 000,00 лв. с ДДС.

С жалбата се излагат съображения за несъответствие на оспорения акт с материалния закон, поради което се иска отмяната му. Счита, че методиката за оценка на офертите, обявена и използвана за оценка в процедурата за обществена поръчка, отговаря на всички изисквания на законовата уредба. Претендират се разноси по делото.

В с.з. жалбоподателя, редовно призован, чрез проц. представител адв. Г., поддържа жалбата на наведените в нея основания. Искането до съда е за отмяна на оспорваното решение. Представя писмени бележки. Моли за присъждане на направените по делото разноси, съобразно представен списък.

Ответникът - Р. на ОП НОИР, редовно призован, се представлява от пълномощник, който оспорва жалбата, а решението като правилно и законосъобразно следва да бъде потвърдено. Претендира присъждане на юрисконсултско възнаграждение.

Представител на СГП не взема становище по жалбата.

Административен съд София - град, като взе предвид становищата на страните, след

преценка на събраните по делото доказателства и приложимия закон, приема за установено от фактическа и правна страна следното:

Жалбата е подадена в законоустановения срок, от легитимирано лице, срещу годин за обжалване акт, поради което е процесуално допустима, а разгледана по същество, е неоснователна. Съображенията за това са следните:

Не е спорно обстоятелството, че СУ „Св. К. О.“ е бенефициент по административен договор за безвъзмездна финансова помощ проект № В.-1.003-0002 „Големи данни за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 г. финансиран по ОП „НОИР“ 2014 – 2020, по обществена поръчка с предмет „Изготвяне на оценка за съответствие на инвестиционни проекти и строителен надзор за И. (проектиране, строителство и авторски надзор) на сграда със специализиран високопроизводителен изчислителен център, по проект (G.), представена с пакет отчетни документи № 4/23.06.2021 г. в ИСУН 2020.

В хода на извършвана проверка на проведена от СУ „Св. К. О.“ обществена поръчка с предмет „Изготвяне на оценка за съответствие на инвестиционни проекти и строителен надзор за И. (проектиране, строителство и авторски надзор) на сграда със специализиран високопроизводителен изчислителен център, по проект (G.)“ съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския фонд за регионално развитие (ЕФРР) ", в резултат на която е сключен договор № 80 – 09 – 239/10.12.2020 г. с изпълнител Д. Ф. на стойност 45 000,00 лв. без ДДС или 54 000 лв. с ДДС, като Управляващият орган (УО) на ОП НОИР е установил следното нарушение:

Заложено изискване в раздел III.1.2) Икономическо и финансово състояние "Участникът да е застрахован с "Професионална отговорност" за застрахователно събитие на стойност, съобразно чл. 5, ал. 2, т. 3 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството. Обектите, включени в предмета на поръчката, са втора група, трета категория строежи." е в нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като дава необосновано предимство или необосновано ограничава участието на лицата в обществената поръчка, които притежават застраховка за професионална отговорност на лицата по чл. 171, ал. 1 от ЗУТ, но нейната минимална застрахователна сума за строител е 100 000 лв., съгласно Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството "за строежи четвърта категория съгласно чл. 137, ал. 1, т. 4 ЗУТ - 100 000 лв.", каквато е и категорията на строежа, посочена в издаденото Разрешение за строеж № 18/26.02.2021 г..

Същото условие възложителят е поставил и в Документацията за участие. Където в раздел III Изисквания към участниците в открита процедура, буква Б. Критерии за подбор, точка „2 Изисквания към икономическо и финансово състояние на участниците“ е определил, че участникът следва да притежава валидни Застраховки „Професионална отговорност“ по чл. 171, ал. 1 ЗУТ ... с праг не по – малък от минималните застрахователни суми за строеж трета категория съгласно изискванията на Наредбата...“

Административният орган е получил отговора на УП, ведно с приложените към него доказателства, като е издал оспореното в настоящото производство Решение № 0401 – 74/23.11.2021 г. (Решението) на Изпълнителния директор и Ръководител на УО на ОП НОИР (л. 35 - 70).

С Решението е прието, че при провеждане на процедурата са допуснати нарушения на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, които са квалифицирани като нередност по чл. 70, ал. 1, т. 9 от

ЗУСЕСИФ, във връзка с т. 11 - "Използване на: - основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или - условия за изпълнение на поръчката, или - технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото Приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците", б. "б. " от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (Наредбата).

В мотивите към Решението е посочено, че:

Заложеното изискване в раздел III.1.2) участниците да притежават застраховка по чл. 171 от ЗУТ за "Професионална отговорност" с минимална застрахователна сума за строежи трета категория, е в нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като дава необосновано предимство или необосновано ограничава участието на лицата в обществената поръчка, които притежават застраховка за професионална отговорност по чл. 171, ал. 1 от ЗУТ с минимална застрахователна сума за четвърта категория строежи, каквато е и категорията на строежа, посочена в издаденото Разрешение за строеж № 18 от 26.022021 г.

Посочено е, че естеството на нарушенията не позволява да се установи точният размер на финансовата загуба, поради което финансовата корекция следва да бъде определена по пропорционалния метод, като за тази категория нарушения е предвиден процентен показател на финансовата корекция в размер на 5 % (пет на сто) от разходите, които са поискани от Бенефициера за възстановяване.

УО е отхвърлил като неоснователни писмените възражения на възложителя с мотива, че процесните заложен изисквания по отношение на строежи трета категория по смисъла на чл. 137 от ЗУТ са в нарушение на разпоредбите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, тъй като обектът на поръчката попада в четвърта категория съгласно действащото към момента на провеждане на обществената поръчка Разрешение за строеж № 18 от 26.022021 г. Въз основа на тези свои изводи административният орган е съгласувал частично проведената процедура по ЗОП и на основание чл. 72, ал. 1, чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ и чл. 3, ал. 2 от Наредбата е определил финансова корекция в размер на 5 % от разходите, които са поискани от Бенефициера за възстановяване по конкретния договор за възлагане на обществена поръчка.

Решението е връчено на Бенефициера на 23.11.2021 г. съгласно приложената по делото разпечатка от ИСУН (л. 71). Жалбата е подадена, чрез изпълнителния директор на ИА „Програма за образование срещу Решението е с изх. № 04 – 07 – 581/06.12.2021 г.

Въз основа на така установената фактическа обстановка съдът прави следните правни изводи:

Оспореното Решение № 0401-74/23.11.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ 2014-2020 г. за налагане на финансова корекция на СУ е издадено от материално компетентен орган. Според чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с решение на управляващия орган, одобрил проекта. В случая проектът във връзка с който е и проведена обсъжданата обществена поръчка, е одобрен от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ 2014 – 2020 г. Според чл. 9, ал. 1 от ЗУСЕСИФ органи за управление и контрол на средствата от ЕСИФ са управляващите органи,

сертифициращите органи и одитните органи, а съгласно ал. 5 на чл. 9 от ЗУСЕСИФ ръководител на УО е ръководителят на администрацията или организацията, в чиято структура се намира УО, или оправомощено от него лице. Съгласно Глава втора от „Устройствения правилник на ИА ОП „НОИР““ агенцията изпълнява функциите на управляващ орган на Оперативна програма "Наука и образование за интелигентен растеж" 2014 – 2020 г. и всички произтичащи от това задължения и отговорности, съгласно националното законодателство и правото на Европейския съюз. Съгласно Глава трета, Раздел II от правилника Изпълнителният директор на агенцията е и Ръководител на управляващия орган на ОП "НОИР".

Решението е издадено в изискуемата по чл. 59, ал. 2 от АПК във връзка с чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ писмена форма. В него се съдържат фактически и правни основания, съгласно изискванията на чл. 59, ал. 2, т. 4 от АПК. Разгледани са и са подложени на преценка възраженията на СУ, като органът изрично формулира констатация за нередности по т. 11, б. „б“ от Приложение №1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата във връзка с установените нарушения. Посочени са фактически и правни съображения за налагането на финансова корекция за посочените нередности и нейния размер. Спазени са регламентирани в ЗУСЕСИФ специални правила за провеждане на процедура по определяне на финансовата корекция по основание и размер. В съответствие с чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ преди издаване на решението за определяне на финансова корекция Ръководителят на УО на ОП „НОИР“ е запознал бенефициента СУ с констатациите си и му е предоставил възможност за писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция. Бенефициентът е изпратил възражение. Оспореното решение е издадено на 23.11.2021 г.

Материалната законосъобразност на акта за определяне на финансова корекция се свързва с преценката дали е възприето от Ръководителя на УО на ОП „НОИР“ основание за налагането ѝ, съответно правилно ли е определен размерът на финансовата корекция. Съгласно чл. 71 от ЗУСЕСИФ, с извършването на финансови корекции се отменя предоставената финансова подкрепа със средства от ЕСИФ или се намалява размерът на изразходваните средства – допустими разходи по проект, с цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство. Основанията за определяне на финансова корекция, нормативно са регламентирани в чл. 70, ал. 1 от ЗУСЕСИФ, като съгласно чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ такова основание е и нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на Изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Съгласно чл. 143 (1) от Регламент №1303/2013 ДЧ носят отговорност за разследването на нередностите и за извършването на необходимите финансови корекции и възстановяването на дължимите суми. Съгласно чл. 122 (2) Регламент №1303/2013, ДЧ предотвратяват, откриват и коригират нередностите и възстановяват неправомерно платените суми. Дефиницията за „нередност“ се съдържа в чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013, съгласно която норма „нередност“ е всяко нарушение на правото на ЕС, произтичащо от действие или бездействие на икономически субект, което има или би имало като последица нанасянето на вреда на общия бюджет на ЕС чрез начисляване на неправомерен разход в бюджета на Съюза. Следователно определянето на едно действие или бездействие на икономически субект като „нередност“, изисква

наличието на три елемента от обективна страна: 1. действие или бездействие на икономически оператор, 2. това действие или бездействие да води до нарушение на правото на ЕС или на националното право, свързано с неговото прилагане и 3. да има или би имало като последица, нанасянето на вреда на общия бюджет на Съюза, като се отчете неоправдан разход в общия бюджет.

Настоящият съдебен състав възприема, че езиковото тълкуване на разпоредбата на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 не оставя каквото и да било съмнение относно възможността вредата на бюджета на съюза да не е само реално настъпила, но и потенциална, т. е. нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасяне на вреда – последното трайно възприето както в българската съдебна практика, така и в практиката на Съда на ЕС.

В случая упражненото с Решение № 0401-74/23.11.2021 г. на Ръководителя на УО на ОП НОИР, в качеството му на Ръководител на УО на ОП „НОИР“ административно правомощие по чл. 73 от ЗУСЕСИФ, от фактическа страна се основава на констатирани нарушения на разпоредби от ЗОП и ППЗОП при възлагане на обществена поръчка с предмет „Изготвяне на оценка за съответствие на инвестиционни проекти и строителен надзор за И. (проектиране, строителство и авторски надзор) на сграда със специализирана високопроизводителен изчислителен център, по проект (G.) по смисъла на чл. 2, т. 36 на Регламент №1303/2013 и чл. 70 ал. 1 т. 9 от ЗУСЕСИФ. Безспорно СУ има качеството на икономически субект по смисъла на чл. 2, т. 37 от Регламент №1303/2013, защото участва в изпълнението на помощ от Европейските структурни и инвестиционни фондове по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ. Именно в това свое качество и като получател на безвъзмездна финансова помощ по ОП „НОИР“ 2014-2020 СУ е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено по програмата безвъзмездно финансиране, съставляващо средства от ЕСИФ по смисъла на чл. 1, ал. 2 от ЗУСЕСИФ – т. е. налице е първият елемент от фактическия състав на определението за „нередност“.

Спорът по делото е относно наличието на втория и третия елемент от фактическия състав на посочената по-горе легална дефиниция за „нередност“, като материалноправно основание за законосъобразното определяне на финансовата корекция. Нарушения на правилата на ЗОП, ако са допуснати такива, биха осъществили втората материална предпоставка на фактическия състав на „нередност“. Това е така, тъй като бенефициентът е длъжен да спазва правилата на ЗОП за определяне на изпълнител, съгласно нормата на чл. 49, ал. 2, т. 1 от ЗУСЕСИФ, структурирана в глава четвърта от закона - „Специални правила за определяне на изпълнител от бенефициенти на безвъзмездна финансова помощ“, а според чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ финансова подкрепа със средства от ЕСИФ може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция на основание нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ. Спорът между страните е съсредоточен върху твърдяното от административния орган и оспорено от жалбоподателя нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, изразяващо се залагането на изискване за наличие на опит в изпълнението на строежи трета категория по смисъла на чл. 137 от ЗУТ, тъй като дава необосновано предимство или необосновано ограничава участието на лицата в обществената поръчка, които имат

опит в упражняването на строителен надзор при изпълнение на строежи от категорията, в която попада обектът на поръчката, а именно четвърта категория, съгласно представеното Разрешение за строеж № 18 от 26.06.2021 г.

Определя финансова корекция в размер на 5 % от разходите, които са поискани от Бенефициера за възстановяване по договора за възлагане на обществената поръчка със стойност на този договор 45 000,00 без ДДС или 54 000,00 лв. с ДДС.

Посочено е, че допуснатите нарушения могат да бъдат отнесени към категорията нарушения, попадащи в т. 11 "Използване на: - основанията за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или - условия за изпълнение на поръчката, или - технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците, буква б) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредба за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове. За тази категория нарушения е предвиден процентен показател на финансовата корекция в размер на 5 % от разходите, които са поискани за възстановяване.

Съгласно чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ финансовата корекция се определя по основание и размер с мотивирано решение на ръководителя на управляващия орган, одобрил проекта. В тази връзка следва се има предвид следното:

До Бенефициера е изпратено Уведомително писмо за откриване на производство по налагане на финансова корекция, цитирано по - горе. С това писмо е удовлетворено изискването на чл. 73, ал. 2 от ЗУСЕСИФ за уведомяване на Бенефициера за откриване на производство, респективно предоставяне на възможност за писмени възражения и представяне на доказателства. В конкретния случай срокът, предоставен за възражения е 14-дневен от датата на получаване на писмото, т.е. същият е съобразен със законовото изискване. Предявените възражения са обсъдени от административния орган в оспореното Решение, като са изложени мотиви защо не се приемат.

Съгласно чл. 2, ал. 2 от ЗОП (обн. ДВ, бр. 13 от 16.02.2016 г., в сила от 15.04.2016 г.) възложителят няма право да ограничава конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки, и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

Този общ принцип е доразвит и в разпоредбата на чл. 59, ал. 2 от ЗОП, съгласно която възложителите могат да използват спрямо кандидатите или участниците само критериите за подбор по този закон, които са необходими за установяване на възможността им да изпълнят поръчката, като поставените критерии трябва да са съобразени с предмета, стойността, обема и сложността на поръчката.

По делото не е спорно, че СУ „Св. К. О.“ има качеството на икономически оператор по смисъла на чл. 2, т. 37 Регламент (ЕС) № 1303/2013, тъй като участва в изпълнението на помощта от Е С.. В качеството си на такъв по

договор за безвъзмездна финансова помощ, Общината е осъществила действия по възлагане на обществена поръчка за разходване на получено безвъзмездно финансиране от Европейските структурни и инвестиционни фондове.

Административният орган обосновава извод за наличие на нарушения на приложимите към извършваната обществена поръчка норми от ЗОП.

Посочена е хипотезата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ - нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициента, което има или би имало за последица нанасянето на вреда на средства от ЕСИФ.

Съгласно чл. 70, ал. 2 от ЗУСЕСИФ, нередностите по т. 9 се посочват в акт на Министерския съвет. Актът, който определя видовете нередности по смисъла на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, е Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, приета с ПМС № 57 от 28.03.2017 г., обн., ДВ, бр. 27 от 31.03.2017 г., в сила от 31.03.2017 г., изм., бр. 68 от 22.08.2017 г., в сила от 22.08.2017 г.

В настоящия случай е констатирана нередност, съставляваща нарушение, което административният орган надлежно е описал чрез заложените изисквания относно годност за упражняване на професионална дейност, икономическо и финансово състояние, технически и професионални възможности, свързани с изпълнението на строежи трета категория по смисъла на чл. 137 от ЗУТ.

Това изискване е квалифицирано като нарушение на чл. 2, ал. 2 от ЗОП, според който при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка. Този извод е обоснован с мотива, че така заложените изисквания дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на лицата, тъй като са поставени като изисквания за строеж трета категория, а съгласно влязлото в сила РС строежът е четвърта категория.

В процесното Решение, административният орган е отнесъл това нарушение към т. 11 на Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, според който видът нередност е: "Използване на: - основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или условия за изпълнение на поръчката, или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците." Тази нередност е конкретизирана в няколко букви, като в случая е посочена буква "б.", според която: "случаите, при които са приложени дискриминационни критерии/условия/ спецификации, но е налице минимално

ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор". За посоченото нарушение Наредбата предвижда показател в корекцията от 5 %. Няма спор, че в случая са допуснати трима участника, измежду които е избран изпълнителят, с който е сключен договор за СМР.

Същевременно от данните по делото е видно, че в Обявлението за обществена поръчка и в документацията за участие са поставени изисквания участниците да притежават застраховка "Професионална отговорност" по чл. 171 от ЗУТ с минимална застрахователна сума за строежи трета категория, опит в изпълнението на строежи трета категория, съответно вписване в ЦПРС към К. на строителите, съответно за чуждестранните лица - в аналогичен регистър, но отново с изискването за минимално ниво на правоспособност участникът да изпълнява строежи от трета категория или по - висока, което е в съответствие с категорията на строежа, посочена в част II " Изисквания към участниците " на документацията за участие. В процедурата за инженеринг при определянето на критериите за подбор на разглеждания строеж е отнесен към четвърта категория, а в процедурата за избор на изпълнител на оценка на съответствието и строителен надзор, при поставяне на критерий за подбор строежът е отнесен към трета категория. В Разрешение за строеж № 18 от 26.02.2021 г. на Главния архитект на р – н „Л.“, където изрично текстово е посочено, че обектът е IV категория строеж. С оглед на изложеното няма как един и същ строеж да се категоризира по различен начин в зависимост от предмета на обществените поръчки, проведени в изпълнение на проекта, който предвижда реализацията на строителство на сграда със специализиран високопроизводителен изчислителен център. В тази връзка следва да се има предвид, че съобразно нормата на чл. 148, ал. 2 от ЗУТ, разрешението за строеж се издава от главния архитект на общината, който е и отговорното длъжностно лице да определи категорията на строежа. Съгласно чл. 148, ал. 9 от ЗУТ в разрешението за строеж се вписват всички фактически и правни основания за издаването му, както и условията, свързани с изпълнението на строежа, което неизменно включва и категорията на строежа. Действително категоризирането на строежите се извършва съобразно характеристиките, значимостта, сложността и рисковете при експлоатацията им съгласно чл. 137, ал. 1 от ЗУТ, но след като е налице влязло в сила разрешение за строеж, което е стабилен административен акт, то правилно и законосъобразно Управляващият орган се е позовал на посочената в него категория на обекта, за да приеме, че заложените от възложителя изисквания към участниците са завишени и непропорционални, тъй като се отнасят за по-висока категория строежи, в която не попада обектът на поръчката.

Правилно е становището на Управляващия орган, че съгласно действащото към момента на провеждане на обществената поръчка Разрешение за строеж обектът на поръчката е попадал в четвърта категория строежи, поради което критериите за подбор, включващи изискванията към участниците по чл. 59, ал.

1, т. 1-3 от ЗОП, е следвало да отговарят именно на тази категория строежи независимо дали тя е била правилно определена или не.

На следващо място, съгласно разпоредбите на чл. 5, ал. 2, т. 3 от Наредбата за условията и реда за задължително застраховане в проектирането и строителството, минималната застрахователна сума за строител за строежи трета категория съгласно чл. 137, ал. 1, т. 3 от ЗУТ е в размер на 100 000 лева, а за строежи четвърта категория съгласно чл. 137, ал. 1, т. 4 от ЗУТ - в размер на 50 000 лева.

При тези фактически данни законосъобразно УО е приел, че възложителят е заложил необосновано завишени критерии за подбор, които се отнасят за по-висока категория строежи от определената за обекта съгласно Разрешението за строеж. Въведените изисквания участниците да са изпълнявали строежи трета категория, да имат ниво на провоспособност като строители за трета категория строежи и да имат по - високо покритие на застраховката, надвишаващо двукратно минималните застрахователни суми за четвърта категория строежи, не съответстват на предмета на поръчката и безспорно ограничават участието на стопанските субекти, които имат опит в изпълнение на четвърта категория строежи, притежават застраховка за такава категория, съответно правоспособност за изпълнение на четвърта категория строежи. Ограничението е налице, доколкото тези лица не биха могли да участват в етапа на подбор и оценка на офертите, тъй като не отговарят на заложените критерии за подбор.

Вярно е, както сочи жалбоподателят, че определянето на предмета на поръчката е в оперативната самостоятелност на възложителя, но в случая не се касае за несъответствие на посочения в документацията за участие предмет на поръчката с действителната категория на строежа, а за несъответствие на заложените изисквания с определения в документацията за участие предмет на поръчката и единствения валиден и действащ към датата на провеждане на обществената поръчка строителен документ, удостоверяващ категорията на строежа, предмет на поръчката. Именно това несъответствие е квалифицирано като нарушение на забраната по чл. 2, ал. 2 от ЗОП за ограничаване на конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка и които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопанските субекти в обществените поръчки, създавайки предпоставки за разубеждаване на желаещите да участват други лица. Конкретните изисквания не са обосновани от категорията на строежа, предмет на поръчката и пречат за участието на кандидатите, които не отговарят на заложените в тях критерии, поради са определени от УО като ограничителни.

Законосъобразното налагане на финансова корекция изисква същата да бъде правилно определена, както по основание, така и по размер. В конкретния случай органът е уточнил, че естеството на нарушението не позволява да се

установи точният размер на финансовата загуба, поради което диференциалният метод за определяне на финансовата корекция е неприложим. С оглед на това финансовата корекция следва да бъде определена по пропорционалния метод, посочен в т. 11, б. "б." (посочени като основание от административния орган в Решението) от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, където е посочено, че за нередност от вида на процесната "Използване на: - основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане, или - условия за изпълнение на поръчката, или - технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от приложението, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците, като са приложени дискриминационни критерии/ условия/ спецификации, но е налице минимално ниво на конкуренция, т.е. получени са две или повече оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, е предвиден показател в корекцията от 5 %.

Според чл. 2, ал. 3 от административния договор, подписан между СУ „Св. К. О.“ и ИА „ОП „Наука и образование за интелигентен растеж“, безвъзмездната финансова помощ е в максимален размер на 29 203 118,38 лв. без ДДС и представлява 100 % от стойността на одобрените и извършени от Бенефициера разходи по изпълнението на одобрения проект.

В случая основата, от която органът е определил финансовата корекция, са разходите, поискани от Бенефициера за възстановяване по конкретния договор за възлагане на обществената поръчка. Същата е в съответствие с разпоредбата на чл. 5, ал. 1 от Наредба за посочване на нередностите, според която размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, като за определянето на финансовата корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. В конкретния случай, засегнатите от нарушението разходи са именно разходите, поискани за възстановяване, поради което съдът намира за правилно определена основата за определяне размера на финансовата корекция.

Разпоредбата на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ установява, че финансовата подкрепа с Европейски структурни и инвестиционни фондове може да бъде отменена изцяло или частично чрез извършване на финансова корекция за нередност, съставляваща нарушение на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта, извършено чрез действие или бездействие от страна на бенефициера, което има или би имало за последица нанасяне на вреда на средства от ЕСИФ, а чл. 49, ал. 2, т. 1 от ЗУСЕСИФ предвижда, че за определянето на изпълнител за дейностите по строителство, услуги и/или доставка на стоки, обект на обществена поръчка по смисъла на ЗОП, се прилагат правилата, предвидени в ЗОП, когато бенефициерът е възложител по смисъла на същия закон. Следователно при нарушение на правилата на ЗОП във връзка с определянето на изпълнител е налице основание за отмяна на

финансовата помощ чрез налагане на финансова корекция.

По силата на чл. 1 от Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове, с която Министерският съвет е определил основните категории нарушения, за които се налагат финансови корекции - чл. 2, ал. 1 и Приложението към него, с нея се посочват както случаите на нередности, съставляващи нарушения на правилата за определяне на изпълнител по глава четвърта от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЗУСЕСИФ), извършени чрез действия или бездействия от бенефициента, които имат или биха имали за последица нанасянето на вреда на средства от Европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ) и които представляват основания за извършване на финансова корекция по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, так а и минималните и максималните стойности на процентните показатели на финансовите корекции, определяни за нередности на основание чл. 70, ал. 1, т. 1, 3 - 7 и 9 от ЗУСЕСИФ.

В случая са допуснати такива нарушения и на правилата на ЗОП, тъй като при неспазване на принципите на чл. 2, ал. 2 от ЗОП възложителят е формулирал ограничителни условия за участие, възпрепятстващи достъпа на определен кръг лица до процедурата, с оглед на което е налице и вторият елемент от определението за нередност.

Съобразно легалната дефиниция, дадена в чл. 2, т. 36 от Регламент № 1303/2013, нередност може да съществува и тогава, когато е налице възможност за нанасянето на вреда на общия бюджет, като няма изискване да се докаже наличието на точно финансово изражение. За случаите на нередности по чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ, попадащи в Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, във връзка с чл. 1, ал. 1 от Наредбата (редакция, ДВ, бр. 67/2019 г.) законодателят е приел, че не е възможно да бъде определено количествено изражение на финансовите последици, поради което и в съответствие с чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ е определил процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. Необоснованите ограничения за потенциалните участници намаляват броя на кандидатите, които участват в процедурата, а максимално широкият кръг от участници е предпоставка за постигане на възможно най-благоприятни финансови резултати за възложителя и бюджета. В случая доказаните нарушения биха могли да имат финансово отражение, тъй като са пряко свързани с възможностите за участие и на други лица, както и с по-ефикасното разходване на предоставените от Съюза финансови средства, поради което е налице и третият елемент от понятието за нередност. Съгласно чл. 5, ал. 1 от Наредбата, размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод, когато поради естеството на нарушението е невъзможно да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. В този случай за определянето на финансовата

корекция се прилага процентен показател спрямо засегнатите от нарушението разходи. В съответствие с чл. 7 от Наредбата, при констатирани нередности, посочени в Приложение № 1, засягащи едни и същи разходи, процентът на финансови корекции не се натрупва. В този случай се индивидуализира финансовата корекция за всяко нарушение, засягащо едни и същи разходи, след което в акта по чл. 73, ал. 1 от ЗУСЕСИФ се определя обща корекция за всички нарушения, засягащи едни и същи разходи, чийто размер е равен на най-високия приложим процент. В случая допуснатите от Бенефициера нарушения са на националния ЗОП, като естеството на нарушенията е такова, че не е възможно да се даде количествено измерение на финансовите последици. С оглед на това и в съответствие с правната квалификация на нарушенията като нередности по т. 11, б. "б." от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 от Наредбата, законосъобразно административният орган е определил размера на финансовата корекция при спазване на принципа за некумулиране на финансови корекции, посочени в Приложение № 1, засягащи едни и същи разходи. В случая нередностите са от една и съща категория и имат еднакъв процентен показател - 5 %, поради което правилно и обосновано е определена финансова корекция в размер на 5 % от стойността на поисканите за възстановяване разходи по засегнатия от нарушенията договор. Законосъобразно е определена и основата на финансовата корекция - върху допустимите разходи по договора с изпълнителя, тъй като отпуснатата безвъзмездна финансова помощ по сключения административен договор е 100 %.

При така сторения анализ се налага изводът за материална законосъобразност на оспорения акт. Последният отговаря на заложената в чл. 71, ал. 1 от ЗУСЕСИФ цел да се постигне или възстанови ситуацията, при която всички разходи, сертифицирани пред Европейската комисия, са в съответствие с приложимото право на Европейския съюз и българското законодателство.

Във връзка с установеното Решението е правилно и законосъобразно, поради което жалбата срещу него следва да бъде отхвърлена като неоснователна.

С оглед изхода на спора и своевременно стореното в тази насока искане от страна на ответника, на същия се дължат разноски по делото в размер на 100 лв. (сто лева), представляващи юрисконсултско възнаграждение за упражненото процесуално представителство, определени на основание чл. 78, ал. 8 от ГПК, във връзка с чл. 144 от АПК, връзка с чл. 37 от Закона за правната помощ и чл. 24 от Наредбата за заплащането на правната помощ.

Водим от изложеното, както и на основание чл. 172, ал. 2 от АПК, Административен съд София - град, III то отделение, 7 състав,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на СУ „Св. К. О.“ срещу Решение № 0401-74/23.11.2021 г. на изпълнителния директор и Ръководителя на УО на ОП „Наука и

образование за интелигентен растеж“ 2014 – 2020 г. (НОИР), с което е наложена финансова корекция в размер на 5 % или в размер на (2 700 лв. с ДДС) върху поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор № 80-09-239/10.12.2020 г., подписан с „Д. Ф., на стойност 45 000 лв. без ДДС или 54 000,00 лв. с ДДС.

ОСЪЖДА СУ „Св. К. О.“ да заплати на Изпълнителна агенция „Програма за образование“ - сумата от 100 лв. (сто лева), представляващи разноси по делото пред първата инстанция.

Решението може да се оспорва с касационна жалба пред Върховния административен съд на Република България в четиринадесетдневен срок от съобщаването му на страните.

СЪДИЯ: